

## Gelijke toegang tot zorg – van ideaal naar recht

### 1. Inleiding

Leenen heeft vanaf het begin van zijn loopbaan grote belangstelling gehad voor, wat hij zelf noemt. “*het realiseren van het recht op zorg en de rechtvaardige verdeling van de (beperkte) beschikbare middelen*”.<sup>2</sup> Deze interesse komt ook tot uiting in zijn publicaties. Hierin staat hij uitgebreid stil bij de normatieve en juridische betekenis van het recht op zorg voor de gezondheid, een veelomvattend recht waar het recht op gelijke toegang tot zorg een essentieel onderdeel van uitmaakt.

Het startpunt van Leenens zoektocht naar antwoorden op met dit grondrecht samenhangende rechtsvragen begint in de jaren zestig. Een vooruitziende blik was hem toen al niet vreemd. Binnen enkele maanden na de afronding van *Sociale grondrechten en gezondheidszorg*,<sup>3</sup> het boek waarop hij op 23 maart 1966 in Utrecht promoveerde, kwam in New York het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) tot stand. Dit VN-verdrag bepaalt dat eenieder recht heeft “op een zo goed mogelijke lichamelijke en geestelijk gezondheid” (art. 12, eerste lid, IVESCR).

Het is, zoals bekend, niet bij een eenmalige publicatie over grondrechten en gezondheidszorg gebleven. Leenen vraagt in de daarop volgende jaren bij herhaling aandacht voor (aspecten van) het recht op zorg voor de gezondheid. Bij wijze van voorbeeld kan hier worden verwezen naar zijn laatste – of misschien moet ik zeggen: meest recente – preadvies voor de Vereniging van Gezondheidszorg.<sup>4</sup> Hierin toont Leenen zich uiterst bezorgd over het feit dat de wetgever, het bestuur, de zorgverzekeraars en de zorgaanbieders zich nauwelijks rekenschap geven van het recht op gezondheidszorg en de daarmee samenhangende verdelende rechtvaardigheid bij het door hen gevoerde (wetgevings)beleid. Daarmee miskennen zij de – in de woorden van Van der Heijden en Noordam – “waardentoets” die in dit recht ligt besloten.<sup>5</sup> Leenen ziet hierin een bevestiging van zijn these dat sociale grondrechten juridisch gezien zwakker zijn dan burger- en politieke grondrechten.<sup>6</sup> Optimist als Leenen is ziet hij evenwel ook lichtpuntjes: uit de rechtspraak concludeert hij dat het recht op zorg voor de gezondheid, zij het mondjesmaat, een steeds sterker karakter krijgt. Hiertoe wijst hij onder meer op de complementariteit van het

- ▶ 1. Mr. dr. A.C. Hendriks is lid van de Commissie gelijke behandeling (CGB) en was tot 1 september 2001 werkzaam als programmasecretaris evaluatie regelgeving bij ZorgOnderzoek Nederland (ZON), inmiddels ZonMw.
- 2. H.J.J. Leenen, *Met het oog op gezondheid en recht*, Houten/Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum 2000, p. 41.
- 3. H.J.J. Leenen, *Sociale grondrechten en gezondheidszorg* (diss. Utrecht), Hilversum: De Boer & Brand 1966.
- 4. H.J.J. Leenen, *Recht op zorg voor de gezondheid*, Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht, Utrecht: VGR 1997.
- 5. P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginnelen van sociale rechtsvorming en hun werking*, Preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 157 e.v.
- 6. Zie bijv. H.J.J. Leenen/H.J.J. Leenen en J.K.M. Gevers, *Handboek gezondheidsrecht: deel 1. Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten/Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum 2000, p. 27. Leenen pleegt sociale grondrechten overigens af te zetten tegen individuele grondrechten, een tweedeling die vanuit staats- en grondrechtelijk perspectief nogal verwarrend is. Ik heb de term individuele rechten, te onderscheiden van collectieve rechten, daarom vervangen door burger- en politieke rechten, ook wel aangeduid als klassieke rechten.

recht op zorg met andere grondrechten, niet in de laatste plaats het gelijkheidsbeginsel.<sup>7</sup>

In deze bijdrage wil ik, voortbouwend op enkele actuele discussies en (rechts)ontwikkelingen, nader ingaan op de grondrechtelijke basis en betekenis van het recht op gelijke toegang tot zorg. Ik beperk mij daarbij grotendeels tot de gezondheidszorg en het problematiseren van de term "gelijk". Daarbij kijk ik zowel naar de toegang tot aanwezige voorzieningen als – meer in abstracto – de rechtvaardige verdeling van voorzieningen. Vervolgens sta ik stil bij de mogelijkheden voor patiënten om (aspecten van) dit recht in rechte af te dwingen. Het geheel sluit ik af met een slotbeschouwing.

## 2. Grondrechtelijke basis en betekenis

### 2.1. Basis

Het recht op gelijke toegang tot zorg is in Nederland, anders dan in bijvoorbeeld Zuid-Afrika, niet in de grondwet neergelegd.<sup>8</sup> Hieruit volgt nog niet dat dit recht het te onzent moet stellen zonder grondrechtelijke bescherming. Algemeen wordt aangenomen dat dit recht besloten ligt in het recht op gezondheid in samenhang met het gelijkheidsbeginsel.

Het recht op gezondheid – door Leenen en veel andere gezondheidsrechtjuristen bij voorkeur aangeduid met termen als het recht op gezondheidszorg<sup>9</sup> of, zoals reeds gezegd, het recht op zorg voor de gezondheid<sup>10</sup> – ligt op stevige wijze verankerd in internationale verdragen en, sinds 1983, in artikel 22, eerste lid, van de Grondwet.<sup>11</sup> Voor wat betreft de internationale instrumenten kan onder meer worden verwezen naar de preambule van de Constitutie van de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO, 1946), het Europees Sociaal Handvest (ESH, 1961 herzien in 1996), het eerdergenoemde IVESCR (1966) en verschillende conventies van de Internationale Arbeidsorganisatie (ILO). Het recht op gezondheid vinden we ook terug in andere, formeel-juridisch niet-bindende, internationale documenten, waaronder de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (UVRM, 1948) en het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (2000).

Er zijn daarnaast tal van internationale instrumenten waarin het recht op gezondheid rechtstreeks in verband wordt gebracht met het gelijkheidsbeginsel en/of het

► 7. H.J.J. Leenen, *Recht op zorg voor de gezondheid*, Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht, Utrecht: VGR 1997, p. 23-27.

8. Art. 27, lid 1 (a) van de Zuid-Afrikaanse Constitutie luidt als volgt: "Everyone has the right to have access to health care services, including reproductive health care".

9. Zie bijv. H.D.C. Roscam Abbing, "Het recht op gezondheidszorg: een beschouwing over grenzen en grenzen over het stellen aan grenzen", in: J.K.M. Gevers & J.H. Hubben (red.), *Grenzen aan de zorg; zorgen aan de grens* (Leenen-bundel), Alphen a/d Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1990, p. 84-97 en J.K.M. Gevers, "Het recht op gezondheidszorg: beschouwingen over een sociaal grondrecht", in: T. Hoogenboom & L.A.J. Damen (red.), *In de sfeer van administratief recht* (Konijnenbelt-bundel), Utrecht: Lemma 1994, p. 109-120.

10. H.J.J. Leenen, *Recht op zorg voor de gezondheid*, Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht, Utrecht: VGR 1997 en H.D.C. Roscam Abbing, "Internet, the Patient and the Right to Care for Health", *EJHL* 2000, p. 221-228. Beide auteurs zien dit recht als een koepelbegrip, dat het recht op gezondheidszorg en het recht op gezondheidsbescherming en -bevordering omvat.

11. Dit is niet de plaats om de vaak gevoerde terminologische discussie te herhalen. Zie hierover A.C. Hendriks, "The right to health in national and international jurisprudence", *EJHL* 1998, p. 389-408 (390-391) en B.C.A. Toebes, *The Right to Health as a Human Right in International Law* (diss. Utrecht), Antwerpen: Intersentia 1999, p. 16-17.

verbod van discriminatie al dan niet op specifieke gronden, waaronder het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle Vormen van Rassendiscriminatie (IVRD, 1965), het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van Discriminatie van Vrouwen (IVDV, 1979), het Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK, 1989) en het Europese Verdrag inzake de Rechten van de Mens en de Biogeneeskunde (1997).

## 2.2. Betekenis

Gezondheidsrechtjuristen beschouwen het recht op gezondheid(szorg) veelal als een inspanningsverplichting voor de overheid om te zorgen voor de beschikbaarheid van noodzakelijke voorzieningen, de (financiële) bereikbaarheid en (geografische) toegankelijkheid van de gezondheidszorg en de kwaliteit hiervan.<sup>12</sup> Deze beschrijving is, vanuit grondrechtelijk perspectief, te beperkt. Het recht op gezondheid ziet niet alleen op de gezondheidszorg, maar bovenal op de gezondheid van mensen. Vanuit dit oogpunt bezien vraagt het recht op gezondheid niet alleen om een goed en gelijkmatig toegankelijk stelsel van zorgvoorzieningen, maar ook om aandacht voor omgevingsfactoren die de gezondheid beïnvloeden, waaronder het leefmilieu, de kwaliteit van het voedsel, schoon drinkwater en de arbeidsomstandigheden. Deze brede visie op dit grondrecht komt grotendeels overeen met Leenens recht op zorg voor de gezondheid.

Grondrechtelijk georiënteerde juristen gaan er in het verlengde van het bovenstaande van uit dat het recht op gezondheid de plicht legt op de overheid om zich naar vermogen in te spannen ter bescherming, verzekering en bevordering van de individuele en volksgezondheid. Het recht op gezondheid is aldus een complex en veelomvattend recht, dat zowel negatieve als positieve overheidsverplichtingen omvat. Tot de negatieve verplichtingen behoort het zich onthouden van discriminatie bij het verschaffen van toegang tot aanwezige voorzieningen; tot de positieve de verplichting om zorgvoorzieningen rechtvaardig te verdelen opdat die voor eenieder gelijke toegankelijk zijn.

Deze visie op het recht op gezondheid is ook met zoveel woorden erkend door het VN-Comité dat toeziet op de naleving van het IVESCR: "The right to health contains both freedoms and entitlements. Freedoms include the right to control one's health and body, including sexual and reproductive freedom, and the right to be free from torture, non-consensual medical treatment and experimentation. By contrast, the entitlements include the right to a system of health protection, which provide equality of opportunity for people to enjoy the highest attainable standard of health."<sup>13</sup> Uit deze gezaghebbende omschrijving volgt dat het recht op gelijke toegang tot de gezondheidszorg onmiskenbaar onderdeel uitmaakt van dit grondrecht. Uit het feit dat het recht op gezondheid, net als andere grondrechten, primair (negatieve en positieve) verplichtingen legt op de overheid volgt niet dat de overheid zelf de verwezenlijking van dit recht ter hand moet nemen. Het staat de overheid in beginsel vrij de realisatie van (aspecten van) grondrechten over te laten aan de particuliere markt. Dit neemt niet weg dat de overheid haar eigen verantwoordelijkheid behoudt en uiteindelijk eindverantwoordelijk is in geval van schending van het recht op gezondheid.<sup>14</sup> Tot die verantwoordelijkheid behoren het toezien

► 12. Zie bijv. H.J.J. Leenen, *Handboek gezondheidsrecht: deel 1. Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Alphen a/d Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1994, p. 29; Roscam Abbing 1990 (zie noot 9), p. 89 en Gevers 1990 (zie noot 9), p. 111.

13. General Comment no. 14 (2000), par. 8, E/C.12/2000/C, raadpleegbaar op [www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf).

14. No 18 juli 1995, *NJCM-Bull.* 1995, p. 1005, m.nt. A.C. Hendriks, *TvGR* 1996/5, m.nt. C.J.J.M. Stolker.

op de naleving van dit recht door anderen en het adequaat reageren op situaties waarin individuen verstoken blijven van noodzakelijke zorg.<sup>15</sup>

Het recht op gelijke toegang tot zorg ligt, zoals gezegd, besloten in het recht op gezondheid in samenhang met het gelijkheidsbeginsel. Via het gelijkheidsbeginsel worden er aldus nadere eisen gesteld aan de inrichting van het stelsel van gezondheidszorg en het aanbod van zorgvoorzieningen.<sup>16</sup> In dit verband is het van belang op te merken dat het gelijkheidsbeginsel in een sociale rechtsstaat meer omvat dan een verbod van ongelijke behandeling. Te onzent wordt er algemeen van uitgegaan dat het gelijkheidsbeginsel ook de plicht bevat om de achterstandspositie waarin sommigen zich bevinden zoveel mogelijk weg te nemen en te streven naar gelijke kansen en gelijke uitkomsten. Een dergelijke materiële uitleg van het gelijkheidsbeginsel is voor de gezondheidszorg van groot belang, al is het maar omdat er een nauwe correlatie is tussen gezondheid en sociaal-economische klasse. Er zijn bovendien aanzienlijke verschillen voor wat betreft de wijze waarop patiënten wensen te (en moeten) worden benaderd en behandeld, waarbij kenmerken als geslacht, leeftijd, godsdienst en etnische groep een belangrijke rol kunnen spelen. Het waarborgen van gelijke toegang tot de zorg, in de zin van een rechtvaardige verdeling van zorgvoorzieningen, vraagt aldus om aandacht voor en het rekening houden met intermenselijke verschillen.

Tot slot dient te worden vermeld dat, hoewel ook hulpverleners slachtoffer kunnen zijn van ongelijke behandeling in de gezondheidszorg,<sup>17</sup> het recht op gelijke toegang tot zorg is bedoeld ter bescherming van de belangen van de patiënt. Dat het gezondheidsrecht zich in het verlengde hiervan primair richt op het (doen van onderzoek naar het) waarborgen en versterken van de rechtspositie van de patiënt mag – mede gelet op de sterke grondrechtelijke invalshoek van het vak – derhalve niet verbazen.<sup>18</sup>

### 2.3. *Betekenis in horizontale relaties*

Eerder is opgemerkt dat het recht op gelijke toegang tot zorg primair verantwoordelijkheden schept voor de overheid. Het beschermen, verzekeren en bevorderen van de individuele en volksgezondheid is immers een typische overheidstaak. Hieruit volgt nog niet dat het recht op gelijke toegang tot zorg geen betekenis zou hebben in de relaties tussen particulieren onderling. Dit volgt reeds uit de functie van grondrechten in een sociale rechtsstaat, te weten het bieden van bescherming tegen misbruik en het bevorderen van de vrijheid en het welzijn van eenieder. Zeker gelet op het feit dat de toegang tot de zorg in de praktijk grotendeels afhankelijk is van particulieren (zorgaanbieders en zorgverzekeraars), zou het grondrecht

► 15. No 3 april 2000, *JB* 2000, 154, *TvGR* 2000/71.

16. Dergelijke zaken worden overigens in toenemende mate mede bepaald “vanuit Brussel”. Zie ook het recente arrest *Smits en Peerbooms*, HvJ EG 12 juli 2001, zaak C-157/99 (*Geraets-Smits*), *NJB-kat.* 2001, p. 1432, nr. 23.

17. Vgl. CGB 28 mei 1997, oordeel 1997-82 (inzake een ziekenverpleegkundige die door een patiënt gedurende langere tijd wegens haar afkomst werd gediscrimineerd en bedreigd) en CGB 28 augustus 1998, oordeel 1998-95 (inzake een tandarts aan wie een patiënt om geloofsredenen geen hand wilde geven, waardoor de eerste zich gediscrimineerd voelde). Alle oordelen van de CGB kunnen worden geraadpleegd op [www.cgb.nl](http://www.cgb.nl).

18. Roscam Abbing verwoordt dit als volgt: “Het gezondheidsrecht komt op voor de rechten van de zieke en gezonde in de gezondheidszorg, beoogt bescherming te bieden aan de zwakkere en aan de integriteit en gelijkheid voor het recht van de patiënt. Het gezondheidsrecht beschermt met andere woorden de patiënt tegen macht.” H.D.C. Roscam Abbing, “De betekenis van het gezondheidsrecht voor de patiëntenzorg”, in: *Gezondheidsrecht en gezondheidsethiek*, Amsterdam: KNAW Commissie Geneeskunde 1997, p. 78-80 (78).

op gelijke toegang tot zorg enorm aan betekenis inboeten indien het niet tevens de plicht zou omvatten voor de overheid om de relaties tussen particulieren onderling dusdanig te reguleren dat het recht op gelijke toegang tot zorg hierbinnen optimaal wordt gewaarborgd.

Over de wijze waarop en de mate waarin het recht op gelijke toegang tot zorg horizontale werking toekomt is in Nederland nog weinig geschreven. Het toekennen van *directe* doorwerking lijkt mij, gelet op de bijzondere verantwoordelijkheid van de overheid voor de gezondheid, niet voor de hand liggend. Mede gelet op het feit dat de gezondheidszorg wordt gekenmerkt door aanzienlijke machtsverschillen, sluit ik evenwel niet uit dat het recht op gezondheid indirect doorwerkt in de horizontale relaties. Dit geldt waarschijnlijk in het bijzonder voor wat betreft de toegang tot aanwezige voorzieningen. Indirecte doorwerking kan op verschillende wijzen plaatsvinden, waaronder de inkleuring van open civielrechtelijke normen zoals de redelijkheid en billijkheid en de eis van het goed hulpverlenerschap. Het is bij een conflict tussen een grondrechtelijk beschermd belang en een ander belang uiteindelijk aan de burgerlijke rechter om te bepalen of, en zo ja in hoeverre, bijzondere betekenis toekomt aan het grondrecht dat ten grondslag ligt aan eerstgenoemd belang. Bij indirecte doorwerking van grondrechten bestaat er aldus op voorhand geen zekerheid over het gewicht dat toekomt aan grondrechten.

Zoals gezegd is er in de gezondheidsrechtelijke literatuur nog weinig aandacht besteed aan deze problematiek. De belangstelling is het afgelopen decennium bovenal uitgegaan naar het codificeren van patiëntenrechten. Dit alles niet zonder succes. Nederland kent inmiddels een scala van wetten inzake de rechten van de patiënt. Gesteld kan worden dat het recht op gelijke toegang tot zorg op deze wijze meer handen en voeten heeft gekregen. Dankzij dit wetgevingsproces weet de burger zich inmiddels namelijk in tal van omstandigheden verzekerd van gelijke toegang tot zorg en beschermd tegen machtsmisbruik. Hieraan mag evenwel nog niet de conclusie worden verbonden dat de gelijke toegang tot zorg in de privaatrechtelijke verhoudingen geen punt van zorg meer is, temeer daar zorgaanbieders en zorgverzekeraars nog maar mondjesmaat rekening houden met sekse, etnische en andere relevante verschillen zowel met betrekking tot de toegang tot aanwezige zorg als de rechtvaardige verdeling van zorgvoorzieningen.

### 3. Afdwingbaarheid

#### 3.1. Achtergrond

Nederland kent aanzienlijke gezondheidsverschillen.<sup>19</sup> Hieruit kan nog niet worden geconcludeerd dat deze verschillen het gevolg zijn van ongelijke toegang tot zorgvoorzieningen. De gezondheid van mensen is immers de resultante van een complex aan factoren, waaronder de toegankelijkheid en de kwaliteit van het zorgaanbod. Minstens zo belangrijk zijn factoren als erfelijkheid, iemands sociaal-economische positie en de kwaliteit van het drinkwater, het voedsel en de leef- en werkomstandigheden.

Het is niettemin een feit van algemene bekendheid dat leden van sommige groepen meer problemen ervaren bij het verkrijgen van gepaste zorg dan anderen. Dit geldt bijvoorbeeld voor vrouwen,<sup>20</sup> leden van etnische minderheidsgroepen

► 19. H. Verkleij & J.P. Mackenbach, "Gezondheidsverschillen in Nederland: een overzicht", in: *Volksgezondheid Toekomst Verkenning*, Maarssen: Elsevier/RIVM 1997.

20. Zie bijv. N. Holtrust e.a. (red.), *De betekenis van artikel 12 Vrouwenverdrag voor Nederland: Gezondheid als recht*, Den Haag: VUGA 1996.

pen,<sup>21</sup> ouderen<sup>22</sup> en, meer in algemene zin, mensen met een lagere sociaal-economische status.<sup>23</sup> Deze praktijk staat op gespannen voet met de waarborgen die besloten liggen in het recht op gelijke toegang tot zorg.

Dit recht wordt verder op de proef gesteld door het bestaan van omvangrijke wachtlijsten, waarmee ook de toegang tot aanwezige zorg onder druk komt te staan. Nu zijn wachtlijsten niet per definitie ontoelaatbaar, en volgens Leenen zelfs onvermijdelijk.<sup>24</sup> De lengte van sommige wachtlijsten vormt thans evenwel een obstakel voor patiënten om hun recht op zorg te verwezenlijken.<sup>25</sup> De volledigheid gebiedt te zeggen dat niet ieder specialisme te kampen heeft met wachtlijsten, al roepen de verschillen – zeker vanuit gelijkheidsperspectief – de nodige vragen op. Dat de wachtlijsten zich niet makkelijk laten wegwerken moge blijken uit het feit dat de financiële impuls van 650 miljoen gulden, die het kabinet de afgelopen jaren extra beschikbaar heeft gesteld ter bestrijding van de wachtlijsten, nauwelijks heeft geresulteerd in verkorting van de wachttijden.<sup>26</sup> Veel instellingen gebruik(t)en de extra middelen om de groeiende vraag naar zorg – deels als gevolg van de vergrijzing van de samenleving – op te vangen, in plaats van om de achterstanden in te lopen. Aldus blijft er nog steeds sprake van aanzienlijke wachtlijsten, evenwel met verschillen naar specialisme, regio en soms ook per instelling. Dit vormt op zijn beurt een rijke voedingsbodem voor allerlei – deels uiterst omstrede – wachtlijstomzeilende initiatieven, waarvan sommigen (veelal de meest draagkrachtigen) meer kunnen profiteren dan anderen.

Tegen deze achtergrond is het van groot belang te weten of, en zo ja in hoeverre, patiënten aanspraken, in de zin van subjectieve rechten, kunnen ontlenen aan het recht op gelijke toegang tot zorg.

### 3.2. Praktische betekenis

Het recht op gezondheid richt zich, als typisch sociaal grondrecht, in eerste instantie op de wetgever en het bestuur. In de literatuur wordt er veelal van uitgegaan dat dit recht in nadere regels dient te worden uitgewerkt alvorens het in rechte kan worden geclaimd. Voorbeelden van dergelijke uitvoeringsregels zijn de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ), de Ziekenfondswet (ZFW) en de Wet voorzieningen gehandicapten (WVG) en, voor wat betreft de horizontale relaties, de Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO).

Patiënten die toegang tot zorg willen afdwingen met een beroep op het grondrecht op gezondheid maken bij de rechter doorgaans weinig kans van slagen. De rechter

- ▶ 21. Zie bijv. *Interculturalisatie van de gezondheidszorg* (RVZ-advies), Zoetermeer: Raad voor de Volksgezondheid en Zorg 2000 (publ.nr. 99/12); H.B. Haveman & H.P. Uniken Venema, *Migranten en gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 1996; S.F.M. van Wersch, H.P. Uniken Venema & T.W.J. Schulpen, "De gezondheidstoestand van allochtonen", in: *Volksgezondheid Toekomst Verkenning*, Maarssen: Elsevier/RIVM 1997; S.A. Reijneveld & L.M. van Herten, *Toegankelijkheid van zorg voor illegalen*, Leiden: TNO Preventie en Gezondheid 2000.
- 22. D.M. Stam, J.K.M. Gevers & A.C. Hendriks, *Leeftijdscriteria in de gezondheidszorg. Een juridische verkenning*, Utrecht: LBL 1996; A.M. Pot & D.J.H. Deeg, "De gezondheidstoestand van ouderen", in: *Volksgezondheid Toekomst Verkenning*, Maarssen: Elsevier/RIVM 1997 en A. Wagemakers, P. van der Wijk & P. Francissen (red.), *Wanneer is het leven te kostbaar? Leefstijd en kosten-effectiviteit in de gezondheidszorg*, Amsterdam: Boom 2000.
- 23. K. Stronks, H. van de Mheen & J.P. Mackenbach, "Sociaal-economische gezondheidsverschillen", in: *Volksgezondheid Toekomst Verkenning*, Maarssen: Elsevier/RIVM 1997.
- 24. H.J.J. Leenen, *Handboek gezondheidsrecht: deel 2. Gezondheidszorg en recht*, Houten/Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum 1996, p. 103 e.v.
- 25. Aangetekend dient te worden dat wachtlijsten ook binnen de gezondheidszorg voor problemen kunnen zorgen. Hierbij moet bijvoorbeeld worden gedacht aan knelpunten bij het (door)verwijzen van patiënten, hetgeen onder meer kan leiden tot de "verkeerde bed"-situaties.
- 26. *Evaluatie Wachtlijstfonds 2000: de verandering gaat door*, Utrecht: Prismant 2001.

is namelijk van opvatting dat aan artikel 22 Grondwet en soortgelijke bepalingen in internationale verdragen geen directe werking toekomt. Dit valt af te leiden uit de – overigens spaarzame – jurisprudentie.<sup>27</sup>

Het feit dat de wetgever en het bestuur ertoe zijn overgegaan om veel aanspraken vast te leggen, betekent nog niet dat patiënten deze aanspraken te allen tijde te gelde kunnen maken. De zorgsector wordt al tijden geplaagd door tekorten. Hierdoor ontstaat niet zelden een situatie van “waar niet is verliest de keizer zijn rechten”.

Los daarvan geldt voor sommige uitvoeringsregels dat die de zorgverzekeraars (of anderen die voor de verstrekking verantwoordelijk zijn) een ruime beoordelingsmarge toekennen. Dit geldt bijvoorbeeld voor de WVG. De ervaringen opgedaan met deze wet spreken wat dit betreft boekdelen.<sup>28</sup>

Maar ook bij meer concreet geformuleerde zorgaanspraken moet worden geconstateerd dat vorderingen in de praktijk om diverse redenen kunnen afketsen. Zo weten sociaalverzekerden niet altijd goed jegens wie zij zorgaanspraken hebben c.q. op wie de plicht rust om ervoor te zorgen dat verzekerden hun aanspraken kunnen realiseren. Bij wijze van illustratie kan hier worden verwezen naar een uitspraak van het Gerechtshof Den Haag, dat recentelijk oordeelde dat het verschaffen van middelen inzake de aanspraak op thuiszorg een taak is voor de zorgverzekeraars, en niet voor de Staat.<sup>29</sup> Eerder had ook de President van de Rechtbank Utrecht geoordeeld dat de zorgverzekeraar aansprakelijk is voor ontoereikende thuiszorg.<sup>30</sup> De President van de Rechtbank Zwolle oordeelde daarentegen dat een zorgverzekeraar niet verantwoordelijk kon worden gehouden voor het tekort aan zorgaanbod voor verstandelijk gehandicapten. De betrokken zorgverzekeraar had aan zijn zorgplicht voldaan door zich tot het uiterste in te spannen om voldoende overeenkomsten met toegelaten instellingen te sluiten. De zorgverzekeraar kon zich volgens de rechtbankpresident terecht beroepen op onvoldoende zorgaanbod vanwege een te beperkt toelatingsbeleid door de overheid.<sup>31</sup>

Interessant genoeg maken patiënten die hun vordering op een weinig concrete voorziening (mede) stoelen op het verbod van discriminatie niet zelden een grotere kans dat hun claim wordt toegewezen dan wanneer zij hun claim uitsluitend baseren op het recht op gezondheid of een daaruit voortvloeiende uitvoeringsregel. Het Nederlandse recht verbiedt namelijk het maken van onderscheid op grond van tal van persoonskenmerken. Zorgaanbieders en zorgverzekeraars kunnen zich ter rechtvaardiging van ongelijke behandeling niet verschuilen achter het beginsel van contractvrijheid.<sup>32</sup>

Nu is het zo dat het niveau van rechtsbescherming sterk afhankelijk is van de precieze grond waarop onderscheid is of wordt gemaakt. Grofweg kan hierbij een onderscheid worden gemaakt tussen de in artikel 1 Grondwet en de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) benoemde gronden, te weten godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat, en de overige gronden. Bij beweerdelijk onderscheid op

► 27. Zie bijv. CRvB 21 januari 1994, *AB* 1994, 504; CRvB 4 november 1998, *AB* 1999, 352; CRvB 22 oktober 1999, *AB* 2000, 289 en Rb. 's-Gravenhage 6 september 2000, *JV* 2000, 224.

28. Zie ook M. Vermaat, “Een puree van vage normen”, *NJB* 2001, p. 1030-1037.

29. Hof 's-Gravenhage 23 december 1999, *TvGR* 2000/27, *KG* 2000, 63. Het hof bevestigt hier het vonnis van Pres. Rb 's-Gravenhage 18 december 1998, *RZA* 1999, 23.

30. Pres. Rb. Utrecht 29 oktober 1999, *TvGR* 2000/28, *RZA* 1999, 192.

31. Pres. Rb. Zwolle 14 december 1999, *TvGR* 2000/29.

32. Uitvoeriger P.R. Rodrigues, *Anders niets? Discriminatie naar ras en nationaliteit bij consumententransacties* (diss. Utrecht), Lelystad: Vermande 1997, p. 131.

een benoemd (of "verdacht") criterium bestaat er volgens vaste rechtspraak direct een verdenking van discriminatie, terwijl dit bij onderscheid op de overige gronden – waaronder leeftijd, handicap en woonvorm – in veel mindere mate het geval is.<sup>33</sup> Voorzover bekend komt het in Nederland betrekkelijk zelden voor dat mensen enkel en alleen vanwege een verdacht persoonskenmerk toegang tot zorg wordt geweigerd.<sup>34</sup> In voorkomende gevallen van – wat ik gemakshalve maar even noem – openlijke discriminatie biedt de gelijkebehandelingswetgeving adequate bescherming.<sup>35</sup> Uitzondering wat dit betreft vormen de restricties die tal van ziektekosten- en arbeidsongeschiktheidsverzekeringen hanteren ten opzichte van (potentieel) zwangere vrouwen, een beleid dat regelrecht in strijd is met de nationale en Europese gelijkebehandelingswetgeving.<sup>36</sup>

Onderscheid op de onbenoemde gronden komt in de gezondheidszorg temeer voor. Nu de rechter evenwel gewoon is onderscheid op minder verdachte gronden marginaal te toetsen biedt een beroep op het gelijkheidsbeginsel – enkele uitzonderingen daargelaten<sup>37</sup> – doorgaans weinig uitkomst.<sup>38</sup>

Patiënten die het recht op gelijke toegang tot zorg met een beroep op grondrechten willen effectueren maken in de regel nog de meeste kans op toewijzing van hun vordering indien zij hun claim (mede) kunnen baseren op een klassiek grondrecht, meer in het bijzonder de positieve verplichtingen die besloten liggen in de door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van mens en fundamentele vrijheden (EVRM, 1950) gegarandeerde rechten.<sup>39</sup> Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft namelijk bij herhaling uitgemaakt dat het EVRM ook positieve verplichtingen schept voor de verdragsstaten met betrekking tot de menselijk waardigheid, waaronder de gezondheid, van individuen. Het onthouden van noodzakelijke zorg levert volgens vaste rechtspraak van het EHRM schending op van artikel 3 EVRM (het verbod van foltering en onmenselijke behandeling).<sup>40</sup> Bij minder ernstige schendingen van de menselijke waardigheid kan het Hof tot de conclusie komen dat een verdragsstaat artikel 8 EVRM (recht op privacy) heeft geschonden.<sup>41</sup> De voortdurende detentie van personen met een (beweerdelijke)

► 33. CRvB 4 november 1993, *AB* 1994, 213, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens en CRvB 22 oktober 1999, *AB* 2000, 289.

34. Het beleid van sommige IVF-klinieken jegens ongehuwde, lesbische en alleenstaande paren/vrouwen vormt wat dit betreft een uitzondering. Zie ook CGB 7 februari 2000, Oordeel 00-04, *AB* 2000, 224, m.nt. R. Holtmaat, *NJCM-Bull.* 2000, p. 1082, m.nt. G.J.M. Veerman en *Kamerstukken II* 2001/02, 23 207, nr. 26.

35. Vgl. CGB 20 mei 1998, oordeel 1998-57 (inzake een asielzoeker die door een tandarts vanwege zijn afkomst wordt geweigerd) en CGB 28 augustus 1998, oordeel 1998-94 (inzake een patiënt die door een tandarts voor een behandeling wordt geweigerd nadat de patiënt om geloofsredenen weigert de tandarts een hand te geven).

36. HvJ EG 30 juni 1998, zaak C-394/96 (*Brown*), *Jur.* 1998, p. I-4225, *NJ* 1999, 476 en CGB 23 december 1999, oordeel 1999-104.

37. Rb. 's-Gravenhage 20 december 1995, *JSV* 1997, 289; CRvB 3 juni 1997, *AB* 1997, 349; CRvB 12 augustus 1997, *AB* 1998, 24 en Rb. 23 juni 1998, Roermond, *TvGR* 1998/68.

38. Zie bijv. CRvB 21 januari 1994, *AB* 1994, 504; HR 8 mei 1998, *NJ* 1998, 496; CRvB 4 november 1998, *AB* 1999, 352; CRvB 30 december 1998, *RZA* 1999, 47 en CRvB 22 oktober 1999, *AB* 2000, 289.

39. A.C. Hendriks, "The close connection between classical rights and the right to health, with special reference to the right to sexual and reproductive health", *Medicine and Law* 1999, p. 225-242.

40. Zie bijv. EHRM 2 mei 1997, *D. t. United Kingdom*, *RJD* 1997-III, No. 37, p. 777, *NJ* 1998, 582, *EJHL* 1997, 6 en EHRM 19 april 2001, *Peers*, *EHRC* 2001, 42, m.nt. G. de Jonge.

41. Zie bijv. 25 maart 1993, *Costello-Roberts*, A-247-C, *NJ* 1995, 725, m.nt. E.A. Alkema, *NJCM-Bull.* 1993, p. 570, m.nt. M.L. van Emmerik.



geestesziekte, zonder dat de noodzakelijke zorgvoorzieningen aanwezig zijn, kan daarnaast schending opleveren van artikel 5, eerste lid, EVRM.<sup>42</sup>

#### 4. Naar een recht op gelijke toegang tot zorg

Na enkele jaren van betrekkelijke stilte wordt er momenteel hard gewerkt aan herziening van ons zorgstelsel. Zo worden er voorbereidingen getroffen voor de modernisering van de AWBZ<sup>43</sup> en bestaat er het voornemen om in het jaar 2005 een voor iedereen gelijke basisverzekering in te voeren.<sup>44</sup> Voorts heeft de regering onlangs het voorstel van de Wet exploitatie zorginstellingen bij de Tweede Kamer ingediend.<sup>45</sup> Dit lijkt aldus het uitgelezen moment om ons te beraden over het nader gestalte geven aan het recht op gelijke toegang tot zorg.

Uit het bovenstaande komen – naast de problematiek van de wachtlijsten – twee majeure knelpunten naar voren: de gebrekkige afdwingbaarheid van zorgaanspraken en een te beperkte opvatting van gelijkheid.<sup>46</sup> Voorts bleek dat er nog weinig gedachtevorming had plaatsgevonden over de horizontale werking van het recht op gezondheid.

Voorzover de gebrekkige afdwingbaarheid samenhangt met schaarste in de gezondheidszorg, dient allereerst te worden onderzocht wat de oorzaak is van de tekorten. Het is in dit verband te simpel om te stellen dat tekorten aan voorzieningen per definitie het gevolg zijn van een gebrek aan middelen – en dus kan worden verholpen door een financiële injectie. Schaarste kan immers (mede) worden veroorzaakt door het (te krappe) inkoopbeleid van de zorgverzekeraar of schaarste op de arbeidsmarkt. In dergelijke situaties kan de spreekwoordelijke keizer pas weer rechten krijgen, en afdwingen, als de oorzaken van de schaarste worden weggenomen. In andere situaties vraagt de gebrekkige afdwingbaarheid van zorgaanspraken om een nadere uitwerking van de rechten van de patiënt in wetgeving en beleid. Daarnaast dient aandacht te worden besteed aan de implementatie van deze rechten in de praktijk, onder andere door middel van voorlichting en (bij- en na)scholing van beroepsgeenoten. De resultaten van de diverse wetsevaluaties, uitgevoerd onder verantwoordelijkheid van de ZonMw-Commissie evaluatie regelgeving (Commissie Leenen), leveren hiertoe uiterst bruikbare handvatten.<sup>47</sup>

Het tweede knelpunt vraagt om een meer omvattende benaderingswijze en actief overheidshandelen. Er blijft in Nederland immers sprake van een tamelijk uniform – en zo men wil monoculturen – zorgaanbod, dat onvoldoende aansluit bij de wensen en behoeften van de diverse bevolkingsgroepen. Dit ondanks allerlei waardevolle initiatieven, zoals de voorlichters-eigen-taal-projecten en de integratie van de ervaringen opgedaan in de vrouwengezondheidszorg in de reguliere zorg. Wat dit

► 42. Zie bijv. EHRM 24 oktober 1997. *Johnson, RJD* 1997, p. 2391, *NJ* 2000, 47, *EJHL* 1998, 7 en EHRM 30 juli 1998, *Aerts, RJD* 1998, 1939, *NJ* 2000, 416, m.nt. W.D.H. Asser, *EJHL* 1998, 12.

43. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 631, nr. 1. Het kabinet geeft hierin, op p. 1 aan dat het aan de AWBZ ten grondslagliggende uitgangspunt van gelijke behandeling zijn fundamentele waarde behoudt en voor het kabinet onwrikbaar is.

44. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 855, nr. 1-2 (Vernieuwing van het zorgstelsel).

45. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 659, nr. 1-2.

46. In dezen is het van belang op te merken dat er niet alleen sprake is van discriminatie indien gelijke gevallen ongelijk worden behandeld, maar ook indien ongelijke gevallen gelijk worden behandeld. Zie bijv. HvJ EG 13 februari 1996, zaak C-342/93 (*Gillespie*), *Jur.* 1996, p. I-475 en EHRM 6 april 2000, *Thlimmenos, NJCM-Bull.* 2000, p. 1095, m.nt. A.C. Hendriks & T. Loenen.

47. Zie o.a. J.C.J. Dute e.a., *De evaluatie van de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Reeks evaluatie regelgeving deel 3, Den Haag: ZON 2000. Verkrijgbaar via [er@zonmw.nl](mailto:er@zonmw.nl). Inmiddels is ook het kabinetsstandpunt op deze wetsevaluatie beschikbaar (5 november 2001) via [www.minvws.nl](http://www.minvws.nl).

punt betreft ben ik weinig gerust over het feit dat de toekomstige basisverzekering voor iedereen gelijk zal zijn. In de eerste plaats geldt: een voor iedereen even beperkte verzekering is ook gelijk. Daarnaast geldt dat een basisverzekering die geen rekening houdt met verschillen de ongelijkheid voor wat betreft de toegang tot de zorg kan bestendigen en zelfs versterken. Zulks is regelrecht in strijd met het recht op gelijke toegang tot zorg. Dezelfde bezwaren gelden met betrekking tot het voorstel van de Wet exploitatie zorginstellingen, met daarin opgenomen de verplichting voor de Minister van VWS om jaarlijks zijn of haar "visie op een doelmatig, evenwichtig en voor eenieder toegankelijk stelsel van gezondheidszorg (curs. AH)" vast te leggen (art. 2, eerste lid). Zolang deze verplichting niet materieel wordt ingekleurd – en in de praktijk gebracht – schieten velen daarmee niet veel op.

Het streven van de overheid is, zoals bekend, thans mede gericht op het tot stand brengen van een meer vraaggestuurd zorgstelsel.<sup>48</sup> Dit moet onder andere leiden tot meer keuzevrijheid en variatie in het aanbod van zorg. De overheid wil patiënten (thans veelal aangeduid met de term "zorggebruikers") daartoe ook meer instrumenten in handen geven, waarbij zij vijf niveaus onderscheidt:

1. een adequate rechtspositie van de zorggebruikers;
2. actuele, toegankelijke en betrouwbare informatie;
3. onafhankelijke, betrouwbare en laagdrempelige vormen van advies en begeleiding;
4. individuele en collectieve inkoopmacht; en
5. de aanwezigheid van collectieve onderhandelingsmacht.<sup>49</sup>

Via een actieplan probeert de overheid deze instrumenten de komende jaren nader uit te werken.<sup>50</sup>

Hoewel de overheid zich bewust lijkt te zijn van de noodzaak om het zorgaanbod te diversifiëren, zie ik dit onvoldoende terug in de thans ter tafel liggende voorstellen. Ook mis ik systematische aandacht voor de mogelijkheden van patiënten om toegang tot zorg zo nodig te kunnen afdwingen, zowel in de verticale als de horizontale relaties. Het is mijns inziens naïef te veronderstellen dat deze en hiermee samenhangende problemen kunnen worden verholpen door het invoeren van een acceptatieplicht voor de zorgverzekeraars, een van de eigenschappen van de toekomstige basisverzekering. Een dergelijke plicht kan wellicht bijdragen tot gelijke toegang tot aanwezige voorzieningen, maar dit is nog niet hetzelfde als een rechtvaardige verdeling van zorgvoorzieningen.

Dit alles roept de vraag op hoe de relatie tussen de overheid en de (steeds commerciële) zorgverzekeraars zich de komende jaren zal (moeten) ontwikkelen. Mijns inzien mag de overheid, ook vanuit grondrechtelijk perspectief, de thans bestaande knelpunten met betrekking tot de toegang tot de zorg, c.q. de rechtvaardige verdeling van zorgaanspraken, niet te makkelijk overlaten aan de markt. Leenen heeft zich hier heel duidelijk over uitgelaten: "*Het is dan ook te voorspellen dat bij het overlaten aan de markt de gezondheidszorg niet goed zal functioneren en de kosten zullen blijven stijgen, waarschijnlijk zelfs sneller. (...) Het is bovendien merkwaardig te denken dat het volume kan worden beheerst door inschakeling van diegenen die de omzet willen vergroten*".<sup>51</sup> Laten deze wijze woorden van Leenen een waarschuwing zijn voor de toekomst.

► 48. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 488, nr. 1 (Actieplan zorg verzekerd).

49. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 807, nr. 2, p. 7.

50. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 807, nr. 2, p. 23.

51. H.J.J. Leenen, *Met het oog op gezondheid en recht*, Houten/Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum 2000, p. 47.